

論 説

委任命令の限界に関する比較法的考察

渡 邊 互

はじめに

（１）検討の契機と問題の所在

（２）諸概念の関係

１．わが国における問題状況

（１）学説の状況

（２）判例の状況

（３）小括

２．ドイツにおける法規命令への授權をめぐる議論

（１）基本法80条１項の制定とその意義

（２）文理解釈と合目的的解釈

（３）判例法理

（４）小括

まとめにかえて

はじめに

（１）検討の契機と問題の所在

平成24年４月26日の東京高裁判決（判例集未登載）は、厚生労働大臣が平成21年２月６日に公布した薬事法施行規則等の一部を改正する省令

のうち、第一類・第二類医薬品の郵便等販売を禁止する旨の規定等について、薬事法の「各規定による委任の趣旨の範囲内において規定されたものと認めることはできない」として無効とする判断を示した。国家行政組織法12条3項は、「省令には、法律の委任がなければ、罰則を設け、又は義務を課し、若しくは国民の権利を制限する規定を設けることができない。」と規定しているが、薬事法施行規則を改正する省令は、これに違反しているというのが、その理由である⁽¹⁾。

本件事案のように「ある法律の委任によって制定された命令の規定が、委任の範囲内にあるのか」という問題について争われた事案は、それほど多くはなく、ある命令が委任の範囲外にあるとされた例は、6件8判決にとどまるといわれている⁽²⁾。しかし、近年、命令への委任を広く容認してきた従来の姿勢に変化が見られることが指摘されており⁽³⁾、本判決もこの傾向に属するものであることはいうまでもない。本稿は、こうした判例の傾向にかんがみて、委任命令の限界という問題に検討を加えるものである。

委任命令は、第一次世界大戦を契機に欧米諸国において増加の一途を辿り⁽⁴⁾、今日のわが国でも現代国家の特徴のひとつと理解されていることは周知のとおりである⁽⁵⁾。こうした現象は、その当初から権力分立原則との関係で問題視され、なんらかの限界を設けようという理論的試みがなされ

(1) 判決文については、TKC 法律情報データベース「LEX/DB インターネット」(<http://www.tkcllex.ne.jp/>)に掲載のものを参照した(文献番号25481013)。なお、第1審判決(東京地判平成22年3月30日判例時報2096号9頁)では、「新施行規則中の本件各規定は、……法律の委任の範囲内で定められたものであるといえるので、これらを法律の委任を欠き又はその委任の範囲を超えるものとして無効であるということとはできない」という判断が示されていた。

(2) 松本哲治「インターネット薬局の可否と薬事法の委任の趣旨」新・判例解説 Watch 憲法 No.60 (2012年) 4頁。

(3) 佐藤幸治『日本国憲法』(成文堂、2011年) 436頁。

(4) Vgl. *Carl Schmitt*, Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 6, 1936, S. 252.

(5) 参照、長谷部恭男『憲法 第4版』(新世社、2008年) 394頁。

てきた⁽⁶⁾。しかし、後に見るようにわが国の学説では、独立命令の禁止や白紙的委任の禁止といった権力分立原則から導かれる最小限の要請を説く以外に、十分な議論の展開を見ていないのが現状である。

こうした状況のなかで比較憲法的な見地から注目されるのは、やはり第二次世界大戦後に制定されたイタリア憲法(1947年)76条が、「立法作用の行使は、指導的な原則および標識が定められ、かつ限られた期限および特定された目的についてでなければ、政府に委任することはできない」と規定し、ドイツ基本法(1949年)80条1項のなかに、「法律により、連邦政府、連邦大臣又は州政府に法規命令の制定を授權をすることができる。その際、行われた授權の内容、目的及び範囲は、法律のなかに定めなければならない。法的根拠は、法規命令のなかに示すものとする。」という規定が置かれていることである(1文から3文。以下、これらの規定を指して単に「基本法80条」ということがある)。本稿は、委任命令の限界を定めたこれらの憲法規定のうち、ドイツ基本法80条について展開されている判例・学説との比較という観点から、問題の考察を試みるものである。

もっとも、その際には、わが国の委任命令の限界に関する法規範のあり方との相違に注意しなければならないだろう。すなわち、わが国の「命令には法律の委任を必要とする」という法規範を前提とした場合、命令の適法性の審査では法律と命令の関係が検討され、委任のない(あるいは委任の範囲外である)命令は無効と判断されることになる。これに対して、ドイツ基本法80条の文言のもとでは、その適合性をめぐる判断ではもっぱら法律の規定のあり方に焦点が合わされ、その要求を充たさない法律の規定が無効と判断されることになる。こうしてみると両者の規範内容は必ずしも対応しておらず、これを比較しようということ自体が無理のあることのようにも思われる。しかし、こうした印象は必ずしも的確とはいえない。というのも、わが国の「命令には法律の委任を必要とする」という法規範

(6) Vgl. *Schmitt* (Fn. 4) S. 252 Fn. 1.

の下では、単なる委任の有無の検討にとどまらず、委任命令の限界に関する総合的な法理が判例において示されていると見ることができるからである。他方、ドイツ基本法80条をめぐっては、やはり法律の規定の文言を検討するだけでなく、法律の授権に限界を設けることの意義やその憲法上の根拠についての議論が展開されているのである⁽⁷⁾。

以上のような視点から、わが国とドイツにおける委任命令の限界に関する議論を検証すること、これが本稿において行おうとする比較法的考察である。

(2) 諸概念の関係

本論に入る前に、比較法的考察にあたって必要となる、わが国とドイツにおける委任命令をめぐる諸概念の関係について整理を加えておきたい。

わが国の憲法学で用いられることの多い「委任命令」(ないし「委任立法」)という概念は、法律の規定を根拠とする行政機関による立法を意味し、行政法学においては「行政立法」と呼ばれることが多い。委任命令が認められる根拠として日本国憲法73条6号があげられることから分るように⁽⁸⁾、ここにいる「命令」は、内閣による「政令」、各省大臣による「省令」といった制定主体に着目した形式的な概念の総称といつてよいであろう⁽⁹⁾。

これに対してドイツ基本法80条は、法規命令(Rechtsverordnung)の制定には法律の授権(Ermächtigung)が必要である旨を規定している。ここにいる「授権」という概念は、わが国やドイツにおいても、「委任」

(7) 本稿のテーマに関連する先行業績としては、平岡久「法規命令制定への法律による授権の明確性 — 西ドイツ連邦憲法裁判所判例を中心として(1)～(3)」大阪市立大学法学雑誌28巻3・4号411-434頁(1982年)、29巻3号346-370頁(1983年)、35巻1号203-254頁(1988年)がある。

(8) 参照、佐藤(註3)435頁。

(9) 参照、田中二郎『新版行政法 上巻』(弘文堂、1974年)58頁。

とほぼ同義のものとして用いられている⁽¹⁰⁾。一方、「法規命令」の概念は、わが国でも理論上の概念として用いられるが、「法規」という規定の内容に着目したものである⁽¹¹⁾。法規の概念については、さまざまな理解があることは広く知られているところであるが⁽¹²⁾、この点に検討を加えることが本稿の目的ではない。ここでは、わが国における委任命令の限界に関する議論が、先にあげた国家行政組織法12条3項や「政令には、法律の委任がなければ、義務を課し、又は権利を制限する規定を設けることができない。」と規定する内閣法11条をめぐって展開されており、これらの条文という国民の権利・義務にかかわる規定は、いかなる法規の理解に立とうとも法規命令と考えられることを確認しておくにとどめたい。

1. わが国における問題状況

(1) 学説の状況

本稿のテーマに関するわが国の学説が説くところは、それほど豊かな内容をもつものとはいえない。というのも、そこでは伝統的に、いわゆる「国会中心立法」の原則から、「国会の立法権を侵すような広範な一般的委任は許されない」⁽¹³⁾、国会は「最低限、基本的事項は法律で定めるべきであり、包括的、白紙的委任は許されない」⁽¹⁴⁾といった抽象的な原則が示されるにとどまってきたからである。これらの命題は、権力分立原則を根拠とする「許されない委任（授権）」という、いわば最小限の要請を述べ

(10) *Schmitt* (Fn. 4) のタイトルを参照。わが国では、法令上は「委任」が用いられているが、「授権」を用いている判例として、最判昭和38年12月24日刑集149号369頁、最判昭和39年9月18日刑集152号877頁などを参照。

(11) *Fritz Ossenbühl, Rechtsverordnung*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 103 Randnummer 1 には、次のような定義がある。
「法規命令とは、通常は正式な法律の授権にもとづいて執行府により制定され、一般的に拘束力のある効果を生み出す、すなわち明示された規範の名宛人だけでなく、裁判官をも拘束する法規である。」

(12) 参照、藤田宙靖『第4版行政法Ⅰ（総論）【改訂版】』（青林書院、2005年）54頁。

(13) 田中（註9）162頁。

(14) 高橋和之ほか『憲法Ⅱ（第5版）』（有斐閣、2006年）（高橋執筆部分）202頁。

たものに過ぎず、これを超えて、法律において定めるべきことがらの範囲を積極的に明らかにしたものではない。

これに対して、近年、後者の問題意識に立って、委任命令の限界を説く見解が現れていることは注目値する。たとえば、憲法学の代表的な概説書は、憲法73条6項の「委任命令」について、「国会は、顕著な政策的選択肢について明白な決定を自ら行うことが必要であって、委任はその決定にとって手段的でなければならない」⁽¹⁵⁾と説いている。また、行政法学の分野では、法律の留保の原則が、法律の根拠に一定の規律密度ないし明確性を要求するという理解に立って⁽¹⁶⁾、その一環として法規命令への授權の限界を説く見解が見られるようになっている。たとえば、「戦後の法律の留保が、法律が法規を創造するにあたって（法律の独占的法規創造力）、その法規の内容——課税要件や受給要件のような実体的規範の内容——を、法律において稠密に示さなければならないとする命題になっている」という理解に立って、「民主制の要請としての議会中心主義——法律の留保——を徹底すると、委任命令や行政処分における裁量は、原則的に否定される」という見解が示されている⁽¹⁷⁾。

これらの見解では、命令への包括的・白紙委任の禁止から一步進んで、国会（が制定する法律）の義務という観点から権限問題が論じられており、そこにはドイツ公法学にいう「議会留保（Parlamentsvorbehalt）」の法理に対応する考え方が見られることは注目値する。その一方で、民主制ないし議会中心主義が、なぜ国会の「義務」を導くのかについて必ずしも説明があるわけではない⁽¹⁸⁾。また、民主制以外の憲法原則とのかかわ

(15) 佐藤（註3）435頁。

(16) 山本隆司「開かれた法治国」公法研究65条（2003年）166頁、亘理格「法律の規律密度と委任命令」法学教室323号57頁（2007年）、石川健治「二つの言語、二つの公法学」法学教室322号（2007年）54頁、大橋洋一『行政法Ⅰ現代行政過程論』（有斐閣、2009年）36-37頁、中川丈久「議会と行政」『行政法の新構想』（有斐閣、2011年）145-146頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第4版）』35-36頁（有斐閣、2011年）。

(17) 中川（註16）145-146頁。

(18) 参照、渡邊互「議会留保の概念と議会—執行府間の権限配分の原理」憲法政治学研究会編『憲法における東西事情』（成蹊堂、2000年）96頁。

り、たとえば広範な法規命令への授權を認めることが基本的人権との関係で問題がないのか、といった論点についても言及はなされていない。さらに、そこに示された委任のあり方に関する基準（「委任は……手段的でないなければならない」、「法律において稠密に示さなければならない」）は、やはり抽象的なレベルにとどまるものといわざるを得ないであろう。以上のように、わが国における学説の展開は、おもに「議会留保」の概念を示していることにとどまり、その根拠や帰結については、いまだ明らかにされていない部分が少なからず残されているように思われる。

（２）判例の状況

委任命令に関する判例として有名な猿払事件最高裁判決⁽¹⁹⁾は、一般職の国家公務員に禁止される政治的行為について、国家公務員法102条1項が「人事院規則で定める」とのみ規定していることは、「憲法の許容する委任の限度を超えることになるものではない」としている。もっとも本判決は、人事院規則の規定を委任の限度内と判断しているため、委任命令の限界に関する法理について語るところはなく、本稿の考察の参考となる部分はあまりない。以下では、委任命令の限界の根拠という観点から重要な意味を持つ判例に検討を加え、その法理を明らかにすることを試みよう。

①「現行憲法下で制定された政令を無効としたおそらく初めての判決」⁽²⁰⁾とされるのが、昭和46年1月20日の最高裁大法廷判決である。本件当時の農地法（以下、「法」ということがある。）80条は、国が自作農創設特措法に基づき強制買収により取得した農地等につき、農林大臣が「政令で定めるところにより、自作農の創設または土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことを相当と認めたときは」（同条1項）、旧所有者又はその一般承継人に売り払わなければならない（同条2項）旨を定めていた。こ

(19) 最判昭和49年11月6日刑集第28巻9号393頁。

(20) 舟田正之「委任の範囲（１）——農地法施行令」行政判例百選Ⅰ〔第5版〕（2006年）94頁。

れを受けた農地法施行令(以下、「令」ということがある。)16条4号(當時)は、買収農地について法80条1項の認定ができる場合を、「公用、公共用または国民生活の安定上必要な施設の用に供する緊急の必要があり、且つ、その用に供されることが確実な土地等」に限定していた。本件では、法80条1項の認定ができる場合を令16条4号のように限定している(その結果、原告は認定を受けられなかった)ことが、法の委任を越えたものであるか否かについて、最高裁の判断が示された。

この問題を検討するに当たり、本判決では法80条の買収農地売払制度について、それが設けられた趣旨が次のように述べられている。

「私有財産の収用が正当な補償のもとに行なわれた場合においてその後により収用目的が消滅したとしても、法律上当然に、これを被収用者に返還しなければならないものではない。しかし、収用が行なわれた後当該収用物件につきその収用目的となつた公共の用に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、なお、国にこれを保有させ、その処置を原則として国の裁量にまかせるべきであるとする合理的理由はない。したがつて、このような場合には、被収用者にこれを回復する権利を保障する措置をとることが立法政策上当を得たものというべく、法80条の買収農地売払制度も右の趣旨で設けられたものと解すべきである。」

この判示は、本稿冒頭に掲げた東京高裁判決などにおいて「委任立法……によって国民の権利を制限する場合、当該制限規定が法律の範囲内かどうかを検討する場合、その法の規定の文言はもとより、法の趣旨や目的等を考慮して解釈すべきものと解される」と定式化されることになる。こうした買収農地売払制度の趣旨の解釈に基づいて、同判決は、同法施行令16条4号が委任の範囲内にあるものか否かを判断している。すなわち、「明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、……法80条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されない」ところ、「売払いの対象」について次のように説いているのである。

「法は、恒久立法であるから、同条による売払いの要件も、当然、長期にわたる社会、経済状況の変化にも対処できるものとして規定されているはずのものである。したがって、農地買収の目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実であるという場合ではなくても、当該買収農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたって維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとするを相当とするもの……として、買収の目的である自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする状況にあるというものが生ずるであろうことは、当然に予測されるところであり、法80条は、もとよりこのような買収農地についても旧所有者への売払いを義務付けている……。」

以上のような理由づけから同判決は、農地法令16条が買収農地を同条4号の場合に限り、それ以外の場合につき法80条の認定をすることができないとしたことは、「法の委任の範囲を越えた無効のものというのほかにない」との結論に至っている。

本判決という法80条に基づく売払制度の趣旨が導かれた理論は、それほど明確なものではない。それが「立法政策上当を得たもの」であるされていることの理由が示されているとはいい難いからである。たが、その理由は、すでに指摘されているように「法80条の定める要件を政令で制限するのは、同条が認めた旧地主の権利を不当に侵害することを意味する」⁽²¹⁾ ことにあるとみてよいであろう。このように国民の権利保護という視点は、法律の解釈における重要な根拠となり、その結果、法の委任の範囲内かの判断に対しても影響を及ぼすこととなる。そして、これ以降の判例においては、その意味はさらに重要性を帯びてくることになるのである。

②その後、委任命令の限界を判示した判例は長い間みられなかったが、平成3年7月9日の最高裁判決⁽²²⁾は、在監者である被拘留者の接見につき「接見ノ立会……其他接見……ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定した監獄法（以下、「法」という。）50条にもとづいて制定された監獄

(21) 舟田（註20）95頁。

(22) 最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁。

法施行規則120条(「十四歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」)および124条(「所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキハ前四条ノ制限ニ依ラサルコトヲ得」)について、「被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において、法50条の委任の範囲を超えた無効のもの」という判断を示している。

同判決によれば、法50条は、「命令(法務省令)をもって、面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ必要な制限をすることができ旨を定めているが、もとより命令によって右の許可基準そのものを変更することは許されない」。ところが、「規則120条が原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則124条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。しかし、これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法50条の委任の範囲を超えるものといわなければならない」。

この判断では、法50条の解釈というよりも、むしろ法律の根拠なく接見の自由を制限することが許されないという一般的な法律の留保の原則に、その理由が求められているということができよう⁽²³⁾。つまり、「被勾留者も当該拘禁関係に伴う一定の制約の範囲外においては原則として一般市民としての自由を保障される」以上、「法が一律に幼年者と被勾留者との接見を禁止することを予定し、容認しているものと解することは、困難である」という理論である。ここには委任命令の限界の問題が、授權法の解釈だけではなく、法律による行政の原理の一環として論じられている状況を

(23) 松本哲治(註2)4頁において、命令が「法律の委任の範囲を逸脱している」ことと、「命令として許される範囲にない」ことを区別しているのも、本稿と同様の理解に基づくものと思われる。なお、この区別を前提にすれば、本件は、後者のケースに当たる事例ということになるであろう。

見ることができよう。「委任の範囲」をめぐる判例法理の展開である。

③国民の権利保護という視点は、平成21年11月18日の最高裁大法廷判決⁽²⁴⁾においても現れている。本判決では、農業委員会委員が在職中は地方議会議員の解職請求代表者となることができないとした委任命令の効力が論点となった。公職選挙法89条1項は、本文所定の公務員が原則として、在職中、公職の候補者となることができないと規定しているが、地方自治法85条1項は、公選法89条1項を議員の「解職の投票」に準用し、地方自治法施行令115条は、「公職の候補者」を「普通地方公共団体の議会の議員の解職請求代表者」と読み替えていたからである。

本判決は、地自法85条1項について、「専ら解職の投票に関する規定であり、これに基づき政令で定めることができるのもその範囲に限られるものであって、解職の請求についてまで政令で規定することを許容するもの」ということはできない」という解釈を加え、地方自治法施行令が公務員について解職請求代表者となることを禁止していることは、「地自法85条1項に基づく政令の定めとして許される範囲を超えたものであって、その資格制限が請求手続にまで及ぼされる限りで無効と解するのが相当である」と判示している。

本判決は、昭和29年最高裁判決を変更するものであったが、堀籠幸男、古田佑紀、竹内行夫裁判官による次のような反対意見が付されている。それによれば、「『解職の投票』とは、公選法の『選挙』に対応する概念として、解職の投票の仕組みの全体をいうものと解すべき」であって、請求手続と投票手続は「一連の不可分のものであり、解職請求代表者は、両者を通じて投票による解職を実現しようとする者として解職投票の仕組みを構成する主体である。したがって、その資格は投票に関するものであり、公選法89条1項の準用があるのは明らか」であるとしている。反対意見は、自らの解釈を「地自法85条1項その他法の関係規定から合理的に導か

(24) 最判平成21年11月18日民集63巻9号2033頁（引用中の下線は筆者によるもの）。

れ、法の趣旨に沿った解釈で、しかも行政実務のみならず、既に当審において是認され、裁判においても長年にわたり確立している」として、多数意見に対して、「解職請求代表者の資格に関して、投票の公正の確保を図る法の趣旨に反して、公務員につき、いかなる公務員であるかを問わず、自治体の議員の解職制度における請求手続段階では無制限であると宣言するもの」と批判している。

多数意見と反対意見の解釈の相違は、藤田宙靖裁判官の補足意見の言葉を借りれば、「厳密な文言解釈」と「法規定の合目的的解釈ないし立法趣旨の合理的解釈」と表現することができる。多数意見自体は、前者の解釈を採る理由を明らかにしていないが、藤田補足意見は、この点について次のように述べている。

「もとより、刑事法の分野に属さない公法の分野において、国民の権利の制限の幅を広げる目的の下に明文規定の拡張解釈をすることが、解釈作法としておおよそ禁じられるものとは必ずしもいえず、より大なる公益目的のためにそれもやむを得ないと考えるべき場面が生じ得ないとはいえない。しかし、本件の権利制限の場合には、このような権利制限の拡張を（解釈上）認めないことが、取り返しのつかない重大な公益の侵害をもたらす結果につながるとは、必ずしも考えられない……反面、制限される権利自体は、国民の参政権の行使に関わる、その性質上重要なものであるということが出来る。そうであるとすれば、権利制限の幅を広げようとする以上、明文の規定についての拡張解釈によってではなく、法的根拠と内容とを明確にした新たな立法によって行うのが本来の筋であるというべきことになろう。」

これは藤田裁判官自身が要約するように、法律による「規制の明確化を求める」ものであって、その趣旨は、「法により疑問の余地なく明確に規定されていなければならない」（宮川光治、櫻井龍子両裁判官の補足意見）ことに他ならない。このことは、委任命令の限界という問題には「法律の規定の明確性」という論点があり、これを充たさない場合、委任命令

は委任の範囲にないと判断されることを意味しているということが出来る。そして、明確性の要求の根拠が参政権という権利の重要性に求められていることも、上記の引用で指摘されているとおりであり、ここにも国民の権利保護を根拠とした判例法理の展開をみることが出来るであろう。

④同様の思考は、本稿冒頭に掲げた平成24年4月26日の東京高裁判決（判例集未登載）のなかにもみることが出来る。本件では、薬事法改正に伴い薬事法施行規則に設けられた規定のうち、とくに、第一類・第二類医薬品の郵便等販売を禁止する旨の規定の効力が争われた。

本判決は、法の趣旨や目的等を考慮して解釈すべきという従来の判例の立場を踏襲しながら、上記の問題について判断を加えている。すなわち、「改正法の趣旨や目的から、例外なく第一類・第二類医薬品の郵便等販売を禁止することが委任の趣旨と認められるかどうかについて検討」した結果、「新薬事法の各規定との関係からすると、第一類・第二類医薬品について、医薬関係者等からの情報提供を得てこれを選択して購入しようとしている購入者（使用者でない場合を含む。）に対して、郵便等販売を禁止すること、購入者等が使用者でない場合を含め、購入者等は、店舗に赴かなければ、店舗販売業者は第一類・第二類医薬品を一律に販売することができないとすることもできることを前提に、改正法がその方法等を省令に委任しているとは認めることができない」という結論に至っている。

以上の結論は、「法全体の解釈として」導かれたものとされているが、本判決では、さらに「本件規制に係る規定は、これによって憲法22条1項において保障されている営業の自由に係る事業者の権利を制限するものであることからすると、その委任規定については、明確性が求められると同時に、委任規定の立法過程において、その制限される権利について合憲性の推定が働くような資料に基づく議論がされているべきである」という立場から検討が加えられている。その結果、「法が一律に第一類・第二類医薬品の郵便等販売を禁止することを許容して、これを省令に委任したも

のと認めることもできない」という結論が導かれている。

ここでも、委任命令による基本的人権の制約を根拠として、法律の根拠（「委任規定」）に対する明確性の要求が導かれているが、これに加えて、一定の立法過程が要求されていることが注目される。これらの要求を満たさない場合には、やはり、委任命令に対して「委任の範囲外」にあるものとして無効という判断が下されることになる。ここには、現在までの判例法理の展開の到達点が示されているということができよう。

（3）小括

委任命令の限界に関する学説には、伝統的な包括的（白紙的）委任の禁止を説くものに加えて、議会留保の概念からこれを把握するものが現れているが、その根拠や内容が十分に明らかにされているとはいえない難点はある、すでに指摘したとおりである。以上に検討した判例は、いずれもこれを補う意味をもつ重要な法理を明らかにしたものということができるが、それは次のように要約することができよう。

第一に、委任命令の限界を判断するにあたっては、法律の文言だけではなく、その趣旨・目的を考慮に入れた解釈が行われている。この考慮にあたっては、国民の権利保護という視点が重要な意味をもち、不当な権利侵害を行うと判断される内容をもつ委任命令は、法律の委任を越えた無効のものと判断される。

第二に、「委任の範囲内か否か」という問題設定の下では、法律による行政の原理、とくに法律の留保の原則にかかわる問題が論じられることがある。すなわち、法律の根拠なく国民の自由を制限することが許されない以上、これを委任命令によって行おうとすることは、法律の委任の範囲を越えるものと判断される。

第三に、委任命令の限界の一環として、法律の規定の明確性や立法過程への要求が語られることがある。それは、やはり委任命令によって制限さ

れる権利の重要性と関わりをもち、制限される権利が重要なものであれば法律の規定は明確かつ慎重な立法過程を経たものでなければならない。この要求をみたさない法律の規定に基づく委任命令は、法律の委任の範囲を越えるものと判断されている。

これらの法理には、命令が法律の委任の範囲内であるという、ふたつの法規範の關係に必ずしもとどまらない内容、すなわち法律の根拠の明確性や立法過程に対する要求が含まれている。委任命令の限界について、実定法上は「法律の委任を必要とする」という規範のみが存在するため、議論は常にこの規範をめぐる問題として展開されているが、判例では、委任命令の限界に関する総合的な法理が形成されているということができよう。そして、これらの法理の根拠が、権力分立原則ではなく国民の権利保護に求められることには、注意が必要である。ここには委任命令の限界を画定するうえで、「議会・政府・国民」からなる新たな枠組みが示されていると考えられるからである。この論点については後に改めて検討を加えることにしたいが、その前に委任命令の限界をめぐる法理に対する比較法的な視点を明らかにすることとしよう。

2. ドイツにおける法規命令への授權をめぐる議論

（1）基本法80条1項の制定とその意義

本稿冒頭に掲げた基本法80条の趣旨は、①法律の授權を要件として、行政府への立法の委任を認めると同時に、②法律に「授權の内容、目的及び範囲」を定めることとして、委任の限界を明らかにしたものと要約することができる。前者は、日本国憲法73条6号にも見られるところであり、独立命令の禁止の趣旨もそこに含まれていることはいうまでもない⁽²⁵⁾。一方、後者の規定に対応するものは、わが国憲法には存在しないばかりでなく、その制定はドイツ憲法史においてもはじめてのもの（Novum）で

(25) もっとも基本法は、119条、127条、132条4項において経過規定として独立命令の存在を認めている。

あるといわれている⁽²⁶⁾。その直接的な契機となったのは、ヴァイマル憲法(1919年制定)下において見られた法規命令への広範な委任の実態であり、連邦憲法裁判所も同条の趣旨が「ヴァイマルの実態から意図的に離れて、議会に立法機関としての責任を放棄させない」ことにあることを強調している⁽²⁷⁾。

こうした歴史的経験を背景として、基本法制定の基礎とされたいわゆる「ヘレンキームゼー草案」(1948年)には、すでに「授権の内容、目的及び範囲が十分に法律において規定されていることが確保される限り」で、法規命令への法律の授権を認める趣旨の規定(102条2項)が置かれていた。同規定については、憲法制定議会の役割を果たした議会的審議会(Parlamentarischer Rat)において、表現に修正が加えられたものの、「内容、目的及び範囲」という法規命令への授権の限界を画する文言は、基本法80条に採り入れられ、現在に至っている⁽²⁸⁾。

むしろ、これら3つの標識が示されたことによって「法規命令への授権の限界」という問題が解決されたわけではない。というのも、それは立法権と行政権の領域を画するというより包括的な問題の一環としての意味を持ち、この権限問題自体は、基本法制定以前から今日に至るまで多くの議論が積み重ねられきた古典的テーマだからである。基本法80条の解釈は、こうした議論のいわば延長線上にあるものとして把握する必要がある。基本法制定以前の議論の基本的傾向は、ドイツ帝国時代(1871年-1918年)の「制約のない立法者が制約のない授権の権限をもつことに疑いはなかった」⁽²⁹⁾ともいわれる支配的傾向に対して、法規命令への授権に何らかの限

(26) Wilhelm Möhle, Inhalt, Zweck und Ausmaß, 1990, S. 9,

(27) BVerfGE 1, 14 (59 f.). もっとも、法規命令への広範な授権は、すでに第一次世界大戦下で行われており、ヴァイマル時代にも参考とされていたことが指摘されている。Vgl. Hatmut Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2006, Art. 80 Randnummer 2.

(28) Vgl. Bauer (Fn.27), Art. 80 Randnummer 5.

(29) Vgl. Schmitt, (Fn. 4), S. 261.

界を設けようとするものと要約することができる⁽³⁰⁾。例えば、ヴァイマル時代（1919年－1933年）におけるドイツ法律家協会（1921年）のテーマとされた「法律と法規命令の限界に関する新たな規定を帝国（ヴァイマル）憲法におくことは推奨されるか？」という問題設定⁽³¹⁾、当時の代表的な憲法解説書に見られる、（i）立法者は、「いかなる対象が法的規律のために執行府に委譲できるかを把握できなければならない」⁽³²⁾、（ii）法規命令への授権には、「それを超えると憲法違反の権限濫用となるような、ある最低限の（定義することの困難な）限界」がある⁽³³⁾といった見解は、その代表的なものといえることができる。しかし、ドイツ法律家協会における「法規命令が許される範囲を十分に定式化して成文憲法のなかで確定することは、ほぼ不可能である」⁽³⁴⁾というH・トリーペルのテーゼが示すように、これらの考え方が具体的な提言を伴い、実際に法規命令への授権の統制に活かされることはなかった⁽³⁵⁾。こうした状況を背景に基本法80条が制定された意義としては、次の点を指摘することができよう。

第一に、基本法80条は、「授権の内容、目的及び範囲」という法律の規定のあり方を規律することにより、授権にいわば実体的な限界を設けようとするものである。もっとも、法規命令への授権がこうした統一的な観点から判断できるのかについては、上記のヴァイマル時代の議論が示すように、基本法80条の制定時に定説があったわけではないことには注意が必要である。換言すれば、「授権の内容、目的及び範囲」は、さしあたり過剰な授権を禁止するという程度の意味をもつに過ぎず、その具体的内容は、その後の判例の展開に委ねられたということもできよう。

(30) こうした考え方の背景については、渡邊（註18）102－105頁参照。

(31) Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentag, 1922, S.11.

(32) Erwin Jacobi, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, 1930, S. 242.

(33) Richard Thoma, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, 1930, S. 227.

(34) Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentag, 1922, S.25.

(35) Vgl. Bauer (Fn.27), Art. 80 Randnummer 3.

第二に、したがって基本法80条の解釈は、3つの標識の文言的意味を明らかにする作業にとどまらず、その制定以前の議論と同様、立法権と行政権の権限問題の一環として把握される必要がある。以下に検討を加える連邦憲法裁判所の判例においては、こうした問題意識にもとづく議論が展開されており、同条の規定は、そのためのいわば手掛かりを与えるものという意義をもつといえよう。

第三に、こうした議論が実益をもつことを可能とした手続的側面として重要なのは、基本法80条の制定により、法規命令への授権が連邦憲法裁判所の審査の対象となったことである。基本法80条の解釈をめぐる判例は、以下に見るように何度かの注目すべき変遷を経ながら、重要な法理を提供している。本稿の主たる目的も、この判例法理を明らかにすることにある。

(2) 文理解釈と合目的的解釈

以下では、まず、基本法80条の「授権の内容、目的及び範囲」という文言の意味について検討を加えることにより、この規定への接近を図ることにしよう。上記のように、これらの文言から直接、具体的問題への解答が導かれるわけではないが、いうまでもなく議論は同条の解釈・適用の問題として展開されているからである。

連邦憲法裁判所の初期の判例や基本法80条の厳格な文理解釈を主張する見解は、「授権の内容、目的、範囲」の概念を明確に区別し、法律による授権の合憲性をそれぞれの要素に照らして検討している⁽³⁶⁾。こうした傾向を代表する学説によれば、それぞれの概念は次のように定義されるという。①内容：法規命令によって規律することが許される分野と対象、②目的：行政府が法規命令の制定によって実現しようとする目標、③範囲：法規命令の制定の際に留意すべき指示と限界。

(36) Dieter Wilke, in: von Mangoldt/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 80, 1974, Anm. IV 1.

基本法80条の文理解釈に対しては、学説からの批判があるほか⁽³⁷⁾、連邦憲法裁判所も異なる解釈の方向性を指向するようになっており、その立場は、たとえば次に引用する判決に要約的に示されている⁽³⁸⁾。

「ある授權規範が基本法80条1項2文の要求を充たすかという問題を検討する際に、『内容』、『目的』、『範囲』という概念を、それぞれ相互に独立して検討することはできない。概念の内容が部分的に重複すること(『内容』と『範囲』、『内容』と『目的』)、それゆえ相互に厳密に区分できないことを別にしても、ある具体的な授權規範においては、その内容、目的および範囲は、相互に補完・浸透・説明し合い、そうして初めてそのすべての意味が明らかになるのである……。授權の内容、目的及び範囲を明らかにするためには、— 他の何らかの規定の解釈の場合と同様に — 他の規範との意味的関連および法律の規定が全体として追求する目的が考慮されるべきである。制定史もまた、— とくに解釈の結論を確認するために — 参照することができる……。」

このように3つの標識を厳密に区分できない、あるいはすべきでないことは、こんにち一般的に認められるところとなっており、その結果、基本法80条は、法規命令への授權を行う法律の規定に対して、もっぱら一定の「明確性」(Bestimmtheit)を要求するものと理解するのが判例・通説となっているといつてよい⁽³⁹⁾。こうした解釈論の展開の意義を、代表的な基本法コメンタールは、次のように解説している⁽⁴⁰⁾。

連邦憲法裁判所は、「明確性の要求を統一的ないし包括的に理解し、明確性への要請を画一的ではなく、個々の事案に関連づけながら、80条1項2文の合目的的解釈をもとに発展させてきた。

明確性の要求のこうした統一的な理解の結果として、裁判所は比較的漠然とした、授權する法律が『十分に明確(hinreichend bestimmt)』でなければならないという、実務において常に問題なく扱うことのできるわけではない定式へと後退

(37) Michael Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., Art. 80, 2010, Randnummer 35.

(38) BVerfGE 38, 348 (357 f.)

(39) Ramsauer, in: Bäumlín/Azzola (Hrsg.), Alternativkommentar, 2. Aufl., 1989, Art. 80 Randnummer 42.

(40) Brenner (Fn. 37) Randnummer 35.

したのである。」

以上のような解説からは、法規命令への授権の限界に関する法理は、当初は3つの標識の解釈として、その後は、これに代わる「十分な明確性」というやや漠然とした判断基準のもとで、主として判例による充填を受けながら発展してきたものであることがわかる。以下では、この判例法理について、必要な範囲で個別的事案にも立ち入りながら、その基本的構造を明らかにすることを試みよう。

(3) 判例法理

① 3つの定式

基本法80条に関する判例法理は、a.「予見可能定式(Vorhersehbarkeitsformel)」、b.「自己決定定式 (Selbstentscheidungsformel)」、c.「プログラム定式 (Programmformel)」の3つに整理されることが多い⁽⁴¹⁾。以下では、これらの定式を把握するために必要な範囲で、それを提示した判例を概観しておきたい。

a. 予見可能定式は、連邦憲法裁判所の初期の判例である1951年10月23日の判決のなかで初めて示された。この判決では、バーデン、ヴュルテンベルク・バーデン、ヴュルテンベルク・ホーエンツォレルンの3州の再編(統合)について規定した1951年5月4日の法律(Das Zweite Gesetz über die Neugliederung in den Ländern Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern vom 4. Mai 1951) 27条2項の「実施に必要な法規命令」という規定による授権(以下、「本件授権」という。)が基本法80条の要求する明確性を充たすものであるかが争われた。この問題につ

(41) Stellvertretend *Brenner* (Fn. 37), Art. 80, Randnummer 36; *Bauer* (Fn.27), Art. 80 Randnummer 33; *Thomas Mann*, in *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 6. Aufl., 2011, Art. 80 Randnummer 27; *Ramsauer* (Fn. 39), Art. 80, Randnummer 47.

いて同判決は、次のような見解を示している⁽⁴²⁾。

「命令の制定への授權が、内容、目的、範囲について十分に限定されているか否かは、事例ごとにしか判断することはできない。授權が不明確であり、いかなる場合に、いかなる傾向をもって法規命令が用いられるのか、そして、授權に基づいて制定された法規命令がいかなる内容を持ちうるのかが予見できない場合には、必要とされる限定が存在しないことは間違いない」。

上記の引用の後段部分が「予見可能定式」を述べたものであるが、こうした判断基準にもとづいて同判決は、本件法律が州再編プロセスの実施に必要なすべての法規命令の制定を授權しているにもかかわらず、当該プロセスについて補足する法律の規定がなく、予見できない問題が生じ得ることを指摘して、「必要な授權の明確性が欠けている」とした。すなわち、立法者は「授權をより詳細に定めなければならなかったのである」、と。その結果、本判決は、27条2項が基本法80条に適合しないため無効であるとの判断を示している。予見可能定式は、その後の基本法80条に関するほとんどすべての判決において言及されていることが指摘されている⁽⁴³⁾。

b. 自己決定定式を示した最初の判例とされるのが、連邦憲法裁判所の1953年6月10日の判決である。同判決は、州裁判所の管轄区域の変更を内容とするニーダーザクセン州省令を無効であると判示した。この事件において裁判所は、この省令への授權を行った「裁判所組織の統一的規律のための帝国令」1条2項の「裁判所の管轄区域の変更は、帝国法務大臣が

(42) BVerfGE 1, 14 (60). なお、本判決には、基本法80条の制定の背景について先にも引用した部分を含む次のような説明がある。「基本法80条は、ヴァイマルの実態から意図的に離れて、あらゆる法規命令の基礎として、内容、目的、範囲が厳密に画定された法律の授權を要求しているのである。基本法は、他の箇所と同様ここでも権力の厳格な分立を決定したのである。議会は、立法権の一部を政府に委譲しながら、委譲された権限について限界を厳密に考慮せず規定しないことで、立法機関としての責任を放棄できるべきではない。一方、政府は法規命令の制定への不明確な授權にもとづいて、議会の代わりをすべきではない。」。

(43) *Ramsauer* (Fn. 39), Art. 80, Randnummer 47.

これを定める」という規定を審査するなかで⁽⁴⁴⁾、次のような見解を示している⁽⁴⁵⁾。

「〔1〕基本法80条1項1文により必要とされる制限は、授權が不明確であり、いかなる場合に、いかなる傾向をもって法規命令が用いられるのか、そして、授權に基づいて制定された法規命令がいかなる内容を持ちうるのかを予見できない場合には、これが存在しないことは間違いない……。〔2〕立法者は、したがって、一定の問題が規律されることを自ら決定しなければならず、当該規律の限界を確定し、いかなる目的に仕えるものであるのかを明らかにしなければならない……。」

〔1〕は、すでに見た予見可能定式であり、〔2〕が自己決定定式と呼ばれるものである。以上の引用からは、2つの定式が相異なる内容のものではなく、理由と結論という関係にあることが分かる。これらの定式にもとづき本判決は、本件授權について、授權の内容は示されているものの、授權の範囲が明らかではなく、また、授權の目的も十分に明確ではないと指摘している。ここでは、先に述べた「明確性の要求を統一的ないし包括的に理解」するようになる以前の解釈手法がとられているが、ここで注目されるのは、目的の明確性について次のような見解が示されていることである。

(44) ここで基本法80条への適合性が問題とされているのは、法律ではなく、基本法制定以前に制定された帝国政令(Reichsverordnung)である。したがって本判決では、基本法129条、とくに同条3項をめぐる問題が検討されている(「基本法129条(1)連邦法として引き続き効力を有する法規規定の中に、法規命令または一般的行政規則を発布する権限、ならびに、行政行為を行う権限が含まれている限度において、この権限は、今後これらの事項について管轄を有する機関に移行する。疑義のある場合には、連邦政府が連邦参議院の同意を得てこれを決定し、その決定は、公開するものとする。(2) ラント法として引き続き効力を有する規定の中に、同様の権限が含まれている限りにおいて、この権限は、ラント法により管轄を有する機関が行使する。(3) 第1項および第2項の意味における法規規定が、法律に代わってそれらの法規規定を変更もしくは補充し、または発布する権限を与えている限りにおいて、これらの権限は消滅しているものとする。』)。以下に概観する判旨は、基本法80条1項の要件が満たされれば、例外的に基本法制定以前の授權も有効であるという見解(Bernhard Wolff, Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in: AöR 78, 1952/1953, S. 194 (206, 210, 212))を前提とした議論である。

(45) BVerfGE 2, 307 (334)。

「司法の独立の重要性ゆえに、1条2項が司法行政に裁判所の管轄を大きく変更する可能性を与えるのであれば、なおさら、ここでは授權の目的が明確に確定されることがより求められなければならない。」

以上の説示では授權の明確性が必要とされる根拠として、問題の重要性という点が挙げられている。この点は基本法80条自体には規定されていないにもかかわらず、授權の限界を画する重要なファクターとして考慮されていることには注目に値するが、その根拠づけについては、後に改めて検討を加えることにしたい。

c. プログラム定式は、1956年6月13日の連邦憲法裁判所判決において、「立法者が設定した、いかなるプログラムが法規命令により達成されるのか」を、法律（ないしその解釈）から市民が導くことができなければならない、という形で示されている⁽⁴⁶⁾。この定式が重要な役割を果たしたのは、1958年11月12日の同裁判所判決であるといわれており⁽⁴⁷⁾、ここでも後者の判決に検討を加えておきたい。

同判決では、価格、賃料、料金その他あらゆる種類の物及びサービス（給与を除く）の対価を設定または物価水準を維持する法規命令の制定を、連邦経済大臣又は州の最高行政庁に授權する旨を規定した物価法2条が、基本法80条に違反するかが問題となった。連邦憲法裁判所は、基本法80条は授權の目的、内容、範囲それぞれが明示されていることを要求しているのではなく、これらが法律全体の解釈から導かれれば十分であること、法律の制定過程も参照に値することを述べた後に、同法同条の授權の目的について次のような解釈論を示している。

「物価法2条において授權の目的は明確に定められていない。規定の文面からは、しかし、いかなる『プログラム』が実現されるのかについて手がかりを得ることができる。価格を設定および許可する権限は、物価水準の維持を図る措置を

(46) BVerfGE 5, 71 (77).

(47) Ramsauer (Fn. 39), Art. 80, Randnummer 47.

採る権限と無関係ではない。価格の設定と価格の許可は、むしろ、法律で掲げられた、物価水準を維持するための措置の例であると考えることができる。物価法2条1項は、したがって、価格を設定又は許可し、その他、物価水準を維持する政令の制定を授權しているのである。」

こうした解釈を経て同判決は、「以上のような方法で物価法2条の授權が解釈されるならば、いかなる場合に、いかなる傾向で授權が用いられるのか、いかなる目的を授權にもとづいて制定された命令が達成するのか、いかなる『プログラム』を当該命令が実現するのかは、予見可能である。」として、物価法2条が基本法80条に違反しないという結論に至っている。

d. 以上の概観から、判例法理の3つの定式は、予見可能定式を基本としたひとつの体系を構成しているとみることができよう。自己決定定式は、予見可能定式を議会と行政府の権限配分という側面から表現したものであり、プログラム定式は、先に見た合目的解釈的な解釈手法を背景に、授權の明確性の程度に関する法理を述べたものと考えられるからである。したがって、判例法理は、最も端的には「法規命令への授權を行う法律の規定に予見可能性を要求するもの」と要約することができよう。そのもとで展開される判決の内容は、さきに引用した指摘にもあったように個々の事案の特質に大きく規定されているが、その詳細を明らかにすることが本稿の目的ではない。以下の検討の課題は、判例法理の憲法上の根拠を探求することである。

②授權の制限の根拠としての憲法原則

基本法80条は、基本法20条に規定された基本原則とくに法治国原則と民主制原則の現れであるという見解は、ひろく主張されているところである⁽⁴⁸⁾。

(48) Stellvertretend *Brenner* (Fn. 37), Art. 80, Randnummer 11; *Bauer* (Fn. 27), Art. 80 Randnummer 13; *Mann* (Fn. 41), Art. 80 Randnummer 25.

a. まず、法治国原則との関係に関する判例や学説の説明をみると、そこではさらに、次のようなふたつの側面が指摘されている。

第一は、連邦憲法裁判所の判決自身が「法治国原則」という概念に言及している次のような部分である。「執行府による法制定は、権力分立原則を破るものであるが、これは基本法80条によって明確に許されている。当該規定は、この法制定の権限の限界を画定するもので、その限界は憲法上の法治国及び権力分立の原則から生じるのである」⁽⁴⁹⁾。これは、主に議会と政府の権力分立を念頭に置いて法治国原則を理解し、基本法80条が、両者の権限を分割する機能をもつことに注目した説示と見ることができよう。

第二に、上述の予見可能定式を述べた判決における「国民が、すでに法律から十分に明確に予見できる」という説示が、法治国原理を述べたものとして整理されることがある⁽⁵⁰⁾。これは、「法治国が求めるのは、法律の要件の『十分な明確性』であり、それ以上でもそれ以下でもない」⁽⁵¹⁾という考え方を前提としたものである。同時に、ここでは法律による授權の明確性により「国民の保護」が図られていると見ることもできる⁽⁵²⁾。これは議会と政府の権限配分とは異なる観点から、基本法80条の意義を見出そうとするものであり、その後の判例の展開との関係でも注目されるが、この点については後に検討を加える。

b. 民主制原則との関係については、まず、行政府による法制定が立法府によって設定された枠内でのみ行われることにより、その民主的性質、ひいては国民主権の原則が担保されることになることは、改めて指摘するまでもないであろう⁽⁵³⁾。ここで注目されるのは、基本法80条の代表的な研究

(49) BVerfGE 18, 52 (59).

(50) Ossenbühl (Fn. 11), Randnummer 20 mit Fn.53.

(51) Eberhardt Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 26 Randnummer 60.

(52) Hans Schneider, Gesetzgebung, 3. Aufl, 2002, Randnummer 231 mit Fn. 4.

(53) Brenner (Fn. 37), Art. 80, Randnummer 11.

における次のような指摘である⁽⁵⁴⁾。

「政治的に重要な決定は、その基本権との関連という法治国的観点とは別個に、議会自らが行い、責任を負わなくてはならない。」

「80条1項が設けた議会多数派による委任の自由の制限によって、〔法規命令への〕授権から行政府の行動に対する十分なコントロールの基準が明らかになるだけではなく、それぞれの規律の対象に対する、憲法が予定している野党の影響が保障されるのである。」

c. 以上の指摘は、「基本法の法治国原則および民主制原則は、立法者に対して重要な決定をみずから下し、行政に委ねることのないよう義務づける。」⁽⁵⁵⁾ という連邦憲法裁判所の重要性理論 (Wesentlichkeitslehre)、とくに民主制原則が、「重要な生活領域の秩序が、少なくともその大要において、民主的に正当化された立法者自身が責任を負い、公開の意思形成過程において、場合によっては衝突する多様な利益を考慮して形成されること」⁽⁵⁶⁾ を要求するという判示を想起させる。もっとも、重要性理論は、もともと基本法80条の解釈として示されたものではなく、行政活動に法律の根拠が必要とされる範囲をめぐる、いわゆる法律の留保論の文脈のなかから主張されるようになったものである。そのため、基本法80条と重要性理論との関係は必ずしも明らかではなく⁽⁵⁷⁾、いくつかの見解が主張されている⁽⁵⁸⁾。

その第一は、法規命令への授権に関しては、もっぱら基本法80条が適用され、重要性理論の対象とはならないとするものである。この見解では、両者の内容が異なることが前提とされている。それによれば、重要性理論

(54) Möhle (Fn. 26), S. 58.

(55) Vgl. BVerfGE 49, 89 (127ff).

(56) BVerfGE 41, 251 (269).

(57) Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 812.

(58) Vgl. Michael Nierhaus, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 und Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, 717ff; Bauer (Fn.27), Art. 80, Randnummer 20 mit Fn. 93.

の説く議会留保は、そもそも授權(委任)が許されるか否か(「Ob」)を対象とし、その禁止を内容とするものであるのに対して、基本法80条は、それが許されることを前提に授權のあり方(「Wie」)について規定したものだといふ⁽⁵⁹⁾。

この見解に対しては、基本法80条には委任を禁止する趣旨が含まれている、という批判がある。すなわち、同条の文言に即していえば、法規命令への授權の「内容、目的及び範囲」については法律のなかに定めなければならない、それが立法者を義務づける趣旨であることは自己決定定式においてよく現れている、という。こうした批判は、法規命令への授權の問題を対象とする条文が基本法80条のみであるのかという問題にかかわるものであるが、この問題が授權の可否の判断において実益をもつものであるのかは疑わしい。というのも、基本法80条と重要性理論は実質的に共通した内容をもつという見解は有力に主張されているからである。

そのひとつは、重要性理論が求める議会留保の趣旨は、基本法80条によって表現されており、議会留保に属する行政活動の根拠法律は、行われた授權の「内容、目的及び範囲」が定まる程度に規律しなければならない、という見解である。これによれば、重要性理論の「立法者が法的関係または生活領域の重要な問題を自ら規律しなければならない」という要求は、基本法80条の授權の限界と基本的に内容を同じくするものであることになる⁽⁶⁰⁾。この見解は、基本法80条から重要性理論が導かれるというかたちで、両者の同質性を語るものといえることができる。

一方、やはり両者の同質性を前提としながらも、その関係を上記の見解とは、いわば反対のかたちで理論構成する見解もある。すなわち、基本法80条は、重要性理論のひとつの現われにほかならないとする理論構成がそれである。こうした考え方を採る論者によれば、基本法80条の要求を

(59) Jürgen Staube, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, 1986, S. 144.

(60) Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 1981, 2. Aufl. S. 393, 395.

充たす法律の授権が重要性理論に抵触することはありえない。重要な決定を自ら行った法律は、基本法80条の「内容、目的及び範囲」について十分に明確であると見なければならぬからである。この見解は、重要性理論が議会と行政府の権限配分の一般的な原則としての意味を持ち、基本法80条は、そのひとつの発現形態であるという理解に立つものということができる⁽⁶¹⁾。

d. 以上のような理論状況からは、少なくとも基本法80条の有力な根拠のひとつは重要性理論のそれと同じものであるといえよう。すなわち、行政活動に対する私人の予測が可能となり、重要な決定が公開の決定過程を通じて行われることを担保する意味を基本法80条も有しているのであり、法規命令への授権はこうした観点から判断されているとみることができる。こうした判断は、憲法の基本原則の要求を実現するために各国家機関の組織や手続に適合した権限配分を考えるという意味で「機能適合アプローチ」ということができる。基本法80条はこうしたアプローチのなかにいわば織り込まれたかたちで解釈されているということができ、そこには法律に「内容、目的及び範囲」が規定されているかという実体的なそれとは異なる判断要素が含まれていることは明らかであろう。たとえば、先に見た自己決定定式を示した判例における、「問題の重要性」という観点が法律の授権により高度な明確性を要求するという議論は、法律の規定のあり方のみに着目することなく問題の解決を図ろうとするもので、機能適合アプローチをよく示すものということができる。

③明確性の要求と基本権への影響

同様の発想は、基本権への影響という観点から基本法80条への適合性を判断した連邦憲法裁判所の判例にも見ることができる。その代表的なものとされる同裁判所の1981年10月20日の判決⁽⁶²⁾では、ギムナジウムでの

(61) *Ramsauer* (Fn. 39), Art. 80, Randnummer 29.

(62) BVerfGE 58, 257 f.

成績不良による留年及び退学処分の効力が争われた。ヘッセン州学校教育法44条3項は、担当大臣に退学について規定した学校規則の制定を授權していた。原告側は、連邦憲法裁判所及び連邦行政裁判所の判例を考慮すれば、留年を繰り返した後の強制的な退学処分については法律に定めを置くことが必要であるが、本件授權にはその定めがなく、少なくとも基本法80条1項により、授權は政令の内容と範囲が予見できる程度に明確でなければならないと主張した。

本判決では、まず、もっぱら連邦法律による法規命令への授權について規定する基本法80条とヘッセン州の法律である学校教育法との関係が問題とされた。この点について連邦憲法裁判所は、「この〔基本法80条の〕法治国および民主制という憲法制度から導かれる原則は、しかし、州の立法をも拘束する」としている⁽⁶³⁾。その趣旨は、「州における憲法的秩序は、この基本法にいう共和的、民主的および社会的な法治国の諸原則に適合していなければならない」と規定する基本法28条1項1文の「同質性の要求」から、法治国及び民主制原則を根拠とする基本法80条の趣旨は州の立法についても求められ、州法律による法規命令への授權にも限界があることをいうものである。

次の問題は、したがって、ヘッセン州学校教育法44条3項が基本法80条の要求をみたすものであるのか、ということになる。この点について本判決は、要求される明確性の度合いは、民主制及び法治国原則とその判例による解釈に照らして判断しなければならないとして、基本権とのかかわりを次のように判示している⁽⁶⁴⁾。

「授權規範の明確性は、授權された規律の基本権とのかかわりに対応するものでなければならない。規律が対象となる者の法的地位を大きく制約する場合には、基本権の行使に関連が少ない規律が問題となっている場合よりも、授權の明確性

(63) BVerfGE 58, 257 (277).

(64) BVerfGE 58, 257 (278).

への要求は高まることになる。」

以上のような判断基準から本判決は、まず、退学処分について、ヘッセン州学校教育法44条が「退学」という文言を含むのみで、さらに詳細な規定を置いていないことを指摘し、上述の基本権との関連という観点から授權規範として十分ではないとした。すなわち、成績を理由とする強制的な退学の規律としては、本規定は十分な法律の根拠ということができない、と。これに対して、留年処分については、同法同条がやはり「留年」という文言を置いているのみであるにもかかわらず、長期間の運用により一定の形式を与えられ、それぞれの教育目標への到達に依拠するものであることから、学業成績に関連することがとりわけ強調される必要はない、と判示されている。ここには、法律の規定のあり方のみに着目することなく、個別的な事例ごとに適切な法律の授權のあり方を画定することにより問題の解決を図ろうとするアプローチの特徴が、もっとも明瞭なたちで示されているということができよう。

(4) 小括

先にも引用した「法規命令が許される範囲を十分に定式化して成文憲法のなかで確定することは、ほぼ不可能である」というヴァイマル時代の診断に対して、基本法80条は「授權の内容、目的、範囲を法律のなかに定めなければならない」という3つの標識をもつ規定を置いた。これが果たして「十分な定式化」といえるのかについては、判例の展開をみるかぎり、解答は否定的なものとならざるを得ないであろう。3つの標識の実質は「十分な明確性」に過ぎないものであり、その明確性を判断するにあたっては、基本法80条の文言とは根本的に発想を異にするアプローチすら採用されるに至っているからである。結局、基本法80条をめぐる判例法理は、判例における議会と政府の権限分配の原理の一環にほかならず、その独自

の存在意義は乏しいものとなっているといわざるを得ないであろう。

それにもかかわらず、基本法80条の規定が置かれた意義は、決して小さなものではない。既に指摘したとおり、本稿で概観した判例の展開があったこと自体、いうまでもなく同条の制定を契機としたものだからである。そして、判例の概観からも明らかなように、法規命令への授權について、単なる白紙授權の禁止を超える要求を規範化しようという基本法の試みは、憲法の文言とはやや異なる形ながら、一定の範囲で実現されたと評価することができよう。

基本法80条の解釈をめぐる判例法理は、同条の文言に規定された特殊なものではなく、法治国と民主制というある程度の普遍性をもつ立憲主義の基本原則に根差すものであった。連邦法律を対象とした基本法80条と同様の要求が、これらの基本原則をいわば媒介として州法律に対しても向けられていることは、この事理をよく現わしている。したがって、本稿で概観した議論は、同様の文言をもたないわが国の法制度においても、参照に値するものであるということができよう。次に、この点について敷衍することにより、本稿のまとめにかえることとしたい。

まとめにかえて

民主制や法治国の原則が近代立憲主義よりも長い歴史を持つものであることは、改めて指摘するまでもない。それにもかかわらず、これらの原則を基礎とする法規命令の限界に関する法理がようやくドイツ基本法のもとで形成されるようになったのは、なぜなのであろうか。その基本的な理由は、議会と政府の権限分配の原理に変化が生じたことにあると考えられる。この点について筆者は、かつて他の論考において論じたことがあるので⁽⁶⁵⁾、ここではその要点のみを確認する。

議会と政府の権限問題を両機関の対立関係という19世紀的図式のなか

(65) 渡邊（註18）107－109頁。

で捉える限り、権限は各機関の「権利」として把握されることとなり、それを行使する「義務」という考え方は生じにくい。それは、権限を議会・政府・国民からなる三者構成のなかに位置づけることによって、はじめて観念し得るものであると思われる。こうした観点からは、民主制および法治国原則について、次のような理解が導かれよう。法治国原則は、国民の国家活動に対する予見可能性を保障するという趣旨を含むものであることは、すでに見たとおりである。議会は、国民の予測可能性のために行政活動の要件や効果を規範化しなければならないのである。当初それが要求されたのは刑法や税法といった一部の分野においてのみであったが、基本法のもと、重要性理論にみられる連邦憲法裁判所の判例によって、国民にとって重要な意味を有する国家活動、とくに基本権への侵害一般へと拡大されたのである。また、民主制原則は、当初、もっぱら議会の決定により担保されると考えられていたものが、やはり基本法のもとで、国民に対して開かれたプロセスにおける意思決定を保障するという側面が、憲法上の要請と考えられるようになった。議会は、公開の意思決定過程を通じて、国民が国政に関する情報を得ることができ、それに基づく判断を可能とするために決定を自ら下さなければならないのである。

先に見たわが国の判例における、住民の参政権に関する重要な手続きについては「法により疑問の余地なく明確に規定されていなければならない」という思考には、国民の予見可能性を確保するという趣旨を認めることができ、やはりドイツの法治国の理解と共通するものがあるといえよう。また、近年のわが国の学説における、民主制原則を民意の国政への反映を主眼とする「直接(脱媒介)民主制」として理解する動向⁽⁶⁶⁾にもかんがみると、委任命令の限界に関する法理は、やはり議会・政府・国民からなる三者構成のなかで、根拠づけることができるのではないかと思われる。

(66) その代表的なものとして、高橋和之『国民内閣制の理念と運用』(有斐閣、1994年) 28-29頁。

る。そうすると、委任立法の限界をもっぱら議会と政府の権限関係に着目し、権力分立の原則から説明するわが国憲法学の伝統的見解は不十分であることになるが、問題はそれだけではない。

すでに指摘したように、「法律の委任の範囲内であるか」という問題設定の下で、委任命令の限界に関する総合的な法理が述べられている以上、そこには憲法違反の問題も含まれていると考えられる。すなわち、委任命令の限界を越えたとされる事例の中には、違憲の法律があったのではないかという疑問を生じさせるのである。一例をあげるなら、既に検討したように、旧監獄法50条の「接見ノ立会……其他接見……ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」という規定に基づいて制定された幼年者との接見を許さないこととする命令は、法50条の委任の範囲を超えたものとして、違法とされた。これは、同法50条の規定について「面会の態様についてのみ必要な制限をすることができる旨を定めている」という憲法適合的解釈を加えた結果であると思われるが、この規定自体、重要な権利を制限するものであるにもかかわらず、明確性を欠き違憲であったという見方も十分に成り立つであろう。ここには、表現の自由を規制する法律の合憲性の文脈で語られる「明確性の原則」との接点も見出されるように思われるが⁽⁶⁷⁾、本稿で検討した判例法理の基本権理論における位置づけの検討については、他日を期したい。

（法学法学部・法科大学院教授）

(67) 参照、最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。